

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



VARIAZIONI SUL TEMA DELLA FECONDAZIONE ARTIFICIALE ETEROLOGA: È NATO UN DIRITTO, È MORTO IL DIRITTO?

Andrea Maria Azzaro

Abstract

[Digressions on heterologous artificial fertilization: was a law born or has the law died?] The Constitutional Court with the judgment of 9 April 2014, n. 162, declared illegal the ban on heterologous artificial fertilization for infertile couples who are infertile or irreversibly, on the assumption that, in the balancing of rights of parents to have a family with children, and the unborn child to know their biological origins, the first should prevail, since the latter is already "suitably" protected by the rules of its adoption. The study examines the line of argument of this arrest, concluding that the neo-right to a family with children is not into, to start art. 30 Const., a convincing foundation of value.

Key Words :

Heterologous fertilization; right to a child; civil law; Constitutional Court

Vol. 2 (2015)





Variazioni sul tema della fecondazione artificiale eterologa: è nato un diritto, è morto il diritto?

Andrea Maria Azzaro*

1. Con la pronuncia 9 aprile 2014, n. 162¹ la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui stabilisce per la coppia cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

In tal modo la Corte ha abrogato, in *parte qua*, il divieto di fecondazione eterologa, riportando il tema al centro di un intenso dibattito, avviatosi già nella seconda metà del secolo scorso².

La pronuncia trae origine dalle ordinanze di rimessione di tre Uffici giudiziari: i Tribunali di Milano, Firenze e Catania, con ordinanze dell'8 aprile, del 29 marzo e del 13 aprile 2013, sollevavano, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza), nonché (la prima) anche agli artt. 29 e 117, primo comma,

*Andrea Maria Azzaro è professore associato di Diritto di famiglia presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino.

¹ In www.cortecostituzionale.it relatore ed estensore della sentenza è stato il Prof. Tesaro, poi divenuto Presidente della Corte.

² Tema su cui, nel tempo, si è formata un'ampissima letteratura: *ex multis*, cfr. V. SGROI, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima*, nota a Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1612; V. LOJACONO, voce "Inseminazione artificiale (diritto civile)", in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 751; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 495; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, 1, p. 1; G. ALPA., *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 941; F. D. BUSNELLI, *Norme per la tutela sociale della maternità, disciplina dell'adozione e problematica dell'inseminazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 989; G. BALDINI, *Considerazioni su paternità biologica e sociale nell'ambito della procreazione artificiale eterologa*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, I, p. 1.; M. FINOCCHIARO, *Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte Costituzionale e prospettive de jure condendo*, in *Vita not.*, 1998, p. 1481; L. ARNAU, *La procreazione medicalmente assistita e il diritto costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 1999, I, p. 132; P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 981; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, p. 361; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 168; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 329.

Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (d'ora in anche CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita") (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza).

Il Tribunale di Milano, con Ordinanza del 8 aprile 2013, sollevava questione di legittimità costituzionale della l. 40/2004, per contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., nella parte in cui faceva divieto della fecondazione artificiale eterologa, introducendo in tal modo – secondo il Giudice meneghino –, una discriminazione, in rapporto alla patologie che affliggono le coppie richiedenti, fra quelle che possono accedere alla fecondazione artificiale omologa, e coloro che non possono avere accesso a quella eterologa.

Le disposizioni censurate si porrebbero, infatti, in contrasto, oltre che con gli artt. 3 e 32 Cost., ove il divieto posto dalle stesse «*rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei due componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione*», con gli artt. 2, 29 e 31 Cost., poiché violerebbero il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare ed il diritto di autodeterminazione delle coppie colpite da sterilità o infertilità irreversibile, in quanto l'art. 2 Cost. garantisce anche il diritto alla formazione di una famiglia, riconosciuto dall'art. 29 Cost., mentre il successivo art. 30, stabilendo la giusta e doverosa tutela dei figli, reca un «*passaggio che presuppone – riconoscendolo – e tutela la finalità procreativa del matrimonio*».³

Venendo al Tribunale di Firenze, le ragioni di censura della normativa in questione sarebbero rintracciabili principalmente nel fatto che il citato art. 4, comma 3, violava il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), posto che secondo l'art. 1 della legge n. 40 del 2004, obiettivo della legge è quello di «*favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*» consentendo a questo scopo «*il ricorso alla procreazione medicalmente assistita [...] qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*».⁴

Da parte sua il Tribunale di Catania motivava la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, sul presupposto del contrasto delle norme censurate con gli artt. 3 e 31 Cost., in quanto stabilivano un divieto discriminatorio, lesivo del diritto fondamentale alla formazione della famiglia, riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost., che concernerebbe anche il profilo relativo alla soluzione dei problemi riproduttivi della coppia.⁵

³ In tal senso, si ritiene che la formazione di una famiglia include la scelta di avere figli, e costituirebbe un diritto fondamentale della coppia, rispondente ad un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli artt. 2, 29 e 31 Cost. Obiettivo della legge n. 40 del 2004 sarebbe «quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità della coppia mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita». In considerazione di tale finalità, il divieto stabilito dal citato art. 4, comma 3, recherebbe un *vulnus* a detti parametri, perché discriminatorio ed irragionevole, in quanto per esso sono «trattate in modo opposto coppie con limiti di procreazione, risultando differenziate solo in virtù del tipo di patologia che affligge l'uno o l'altro dei componenti della coppia».

⁴ Negando accesso alla fecondazione eterologa alle copie affette da condizioni di sterilità o o infertilità irreversibili, il divieto in esame realizzerebbe, invece, un diverso trattamento delle coppie aventi problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, nonostante che la sostanziale eguaglianza delle situazioni dovrebbe comportare l'eguale possibilità di ricorrere alla PMA, mediante il ricorso alla tecnica idonea per porre rimedio alla causa della patologia.

⁵ Inoltre, esse realizzerebbero un diverso trattamento di coppie con identici problemi di procreazione, penalizzando irragionevolmente quella colpita dalla patologia più grave, in violazione anche dell'art. 2

Riguardo, poi, al diritto del nascituro alla conoscenza della propria origine genetica, secondo il Giudice etneo, benché la tutela del concepito rinvenga fondamento costituzionale negli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost., alla stessa non potrebbe essere data prevalenza assoluta, non esistendo *«equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»*.

L'ampia tutela del nascituro dovrebbe tenere conto – affermava ancora il Tribunale di Catania – che questi non sarebbe equiparabile alla persona già nata, in quanto, se è vero che la stessa legge n. 40 del 2004 tutela il concepito, essa non *«arriva [...] a modificare l'art. 1 del codice civile che [...] riconosce la capacità giuridica solo al momento della nascita e subordina ad essa l'effettivo sorgere dei diritti ivi menzionati con riferimento agli artt. 462, 687 e 715 c.c. (per donazione e testamento)»*.⁶

La legge n. 40 del 2004 avrebbe dunque una portata limitata riguardo al concepito – che non si estende al diritto di conoscere le proprie origini genetiche – avendo inteso garantire che il concepito non subisca «trattamenti disumani», cui possano esporlo la crioconservazione, la sperimentazione e la selezione genetica.⁷

Ad avviso del giudice Etneo, il censurato divieto non sarebbe giustificato dall'asserito diritto del nascituro a conoscere la propria origine genetica anche perché il citato art. 9, comma 3, come nel caso dell'adozione, mira a recidere ogni relazione giuridica parentale del nato con il donatore di gameti e nei confronti di quest'ultimo non può essere fatto valere nessun diritto. Sarebbe, inoltre, irragionevole che, per scongiurare l'ipotetica sofferenza di un futuro soggetto (dovuta all'ignoranza della propria origine genetica), sia precluso il più rilevante diritto di venire al mondo.⁸ Nel medesimo arco temporale, tornava a pronunciarsi anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che con sentenza 25 settembre 2012, n. 33783/2009, Godelli c. Italia,⁹

Cost., con pregiudizio del diritto a formare una famiglia e della libertà di autodeterminazione in relazione a scelte riconducibili alla sfera più intima della persona.

Secondo il giudice *a quo*, l'art. 32 Cost. sarebbe violato, in quanto il divieto in esame irragionevolmente impedirebbe di curare la patologia più grave. Nella specie vengono, inoltre, in rilievo i diritti della madre genetica, della madre biologica e del nascituro e, in considerazione delle risultanze della scienza medica, la fecondazione eterologa non comporterebbe rischi per la salute (fisica o mentale) né della madre biologica, né della donatrice. Per quest'ultima, il rischio di «stressare il proprio fisico per l'eventuale commercializzazione dei gameti» sarebbe scongiurato dal divieto stabilito dalla legge n. 40 del 2004 di commercializzare gli ovuli e, comunque, sarebbe comune ad altre più rilevanti ipotesi, eticamente e socialmente approvate, di donazione di tessuti, organi o parti di essi tra soggetti viventi.

⁶ La soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità ed il bilanciamento del diritto costituzionalmente protetto alla creazione di una famiglia (riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost.) spettante «a soggetti esistenti (persone in senso tecnico)» e del diritto riconoscibile «ad una entità (embrione, feto) che soggetto (nel senso pieno di persona) ancora non è, non sembra possa ragionevolmente risolversi in favore del secondo».

⁷ Secondo l'interpretazione del Tribunale di Catania, il Capo III della legge non riguarderebbe dunque la tutela diretta del concepito, bensì lo stato giuridico del nato, come risulta dagli artt. 8 e 9. Queste disposizioni tutelano l'interesse del nascituro e garantiscono una «stabilità parentale» non deteriore rispetto a quella del figlio nato dalla fecondazione omologa «e, per certi versi, anche migliore di quella di cui gode il figlio nato da ogni unione “naturale”, soggetto, com'è noto, alle azioni di disconoscimento di stato o al mancato riconoscimento da parte del padre o della madre che ha anche il diritto di non essere nominata al momento del parto».

⁸ Quanto, invece, all'esigenza di garantire al nascituro stabili relazioni parentali, secondo il Giudice catanese gli studi al riguardo avrebbero dimostrato che soltanto in una bassa percentuale di casi i genitori biologici hanno rivelato al figlio la sua origine genetica ed in questi lo sviluppo psicosociale del predetto non si discosterebbe da quello dei figli nati senza il ricorso alla fecondazione eterologa.

⁹ Consultabile in *Fam. dir.*, 2013, p. 537 ss.

afferma che viola il diritto al rispetto della vita privata la normativa italiana che tutela il diritto all'anonimato della partoriente senza ammettere né la reversibilità del segreto, né l'accesso del figlio non riconosciuto ad informazioni sulle proprie origini, ancorché non identificative della madre biologica.

2. La Corte Costituzionale, con la sentenza 162 del 2014, accoglieva *in toto* le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Milano, Firenze e Catania in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., giungendo ad una netta, seppure assai contrastata, decisione: questi i suoi termini essenziali.

A mò di premessa, afferma la Corte che *«le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»*.

In primo luogo, ritiene la Corte che il *«divieto in esame, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale (...) deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare»*. «Conseguentemente», prosegue il Giudice delle leggi, *«le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»*.

La Corte si pone, in tal senso, il problema che famiglia e filiazione costituiscono vicende non necessariamente connesse, che la Carta e l'Ordinamento disciplinano in modo distinto ed autonomo, ma nondimeno rileva che *«il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»*.

Venendo poi alla affermata lesione del diritto alla salute della coppia richiedente l'accesso alla fecondazione assistita, considera la Corte che la disciplina in esame incide, in effetti, su tale diritto, in relazione al quale, si precisa, *«non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente,*

in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data» come comprensiva della salute fisica e psichica.¹⁰

Ritenuto, quindi, che Il divieto di fecondazione artificiale eterologa incide su beni costituzionali protetti, la Corte si pone il problema di accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame, dovendo altrimenti ritenerlo illegittimo.

L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, come è noto, quello della persona nata dalla fecondazione assistita di tipo eterologo, che, secondo quanto dedotto dall'Avvocatura Generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica.

Il diritto a conoscere le proprie origini sarebbe, tuttavia, - secondo il Giudice delle leggi - già sufficientemente tutelato dall'ordinamento, se è vero che *«la questione (...) si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia")»*. Inoltre, soggiunge la Corte, *«in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983)»*.¹¹ Tanto premesso, e precisato che *«lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»*, si giunge alla conclusione che *«il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite»*.¹²

¹⁰ Il che non contrasta - la Corte tiene a precisare -, col divieto ex art. 5 cod. civ, in quanto in coerenza con questa nozione di diritto alla salute, deve essere ribadito che, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali».

¹¹ Una esigenza già prima affermata, del resto, dalla Corte Costituzionale la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha statuito che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile vulnus agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013).

¹² In tal senso, secondo la corte, in applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è influente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso

3. Com'è noto la Legge 19 febbraio 2004 n. 40 ha regolato il fenomeno, attraverso una articolata disciplina, che riguardo alla fecondazione eterologa ha posto un divieto che trovava fondamento nella riconosciuta preminenza del diritto del figlio a conoscere le proprie origini (biologiche e quindi familiari) rispetto al “diritto” di altro soggetto ad avere un figlio (almeno in parte) “proprio”.¹³

A questa stregua, si richiama(va) per solito tutta la normativa, nazionale ed internazionale che, non solo riguardo ai rapporti di filiazione, ma allo stesso diritto alla conoscenza delle proprie origini come componente essenziale del diritto all'identità personale, rinviene il presupposto comune nella necessaria tutela del soggetto “debole”, rinviando, nel nostro ordinamento, alla norma che si pone come prima e fondamentale regola della convivenza civile (art. 2 Cost.).¹⁴ Così infatti, si afferma che, se è vero che la libertà (gli interessi tutelabili, e quindi i diritti) di ciascuno si determina, nella propria possibile estensione – e quindi nei limiti che la definiscono – nel rapporto con la posizione dei soggetti che vi si relazionano, non vi è dubbio che lo snodo della questione – come rileva anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo - sta nella valutazione comparativa (bilanciamento) di un interesse rispetto all'altro, sulla scorta di una interpretazione sistematica teleologicamente orientata.¹⁵

La questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, sollevata dal Tribunale meneghino, era stata già sottoposta nel 2011 al vaglio della Consulta, chiamata a decidere sulla costituzionalità degli articoli della legge 40/2004 che prevedono il divieto di fecondazione con ovociti o gameti non appartenenti alla coppia richiedente.

Sulle ordinanze di alcune Corti di merito,¹⁶ la Corte Costituzionale (Corte Cost., 22 maggio 2012, n. 50) aveva in precedenza rinviato la questione ai giudici *a quo* perché la esaminassero alla luce dell'intervenuta pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo (3 novembre 2011, 2. S. H. ed altri c. Austria, n. 57813/00) che, sovvertendo altra pronuncia della CEDU (Camera bassa, 15 settembre 2007) ha ritenuto che il diritto del nascituro alla conoscenza delle proprie origini, come parte essenziale della nozione di “vita privata” immanente al diritto all'identità personale deve essere adeguatamente considerati rispetto al diritto alla fecondazione artificiale quale, in astratto, contenuto nel diritto alla vita privata previsto dall'art. 8 della CEDU, concludendo che impedire per

pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame>>>.

¹³ In tema, in vario modo, v. tra gli altri, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004; L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 1097; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 117; A.M. AZZARO, *Procreazione artificiale, “diritto al figlio” e diritti del figlio*, in Aa. Vv., *Procreazione assistita e diritti della persona*, a cura di A.M. Azzaro, Napoli, 2001.

¹⁴ In argomento, v. già C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 531, ove i riferimenti. E ora, v., di recente, M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 197.

¹⁵ Su tale piano di valutazione cfr. L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 322; V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 265.

¹⁶ Tribunale di Milano 2 febbraio 2011; Tribunale di Firenze 13 settembre 2011; e Tribunale di Catania 21 ottobre 2011, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1623 ss., con nota di S. LA ROSA, *Il divieto della fecondazione eterologa al vaglio della Corte Costituzionale*.

legge alle coppie sterili di ricorrere alla fecondazione in vitro eterologa non è come tale una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.¹⁷

A tale stregua la sentenza critica quelle legislazioni – peraltro minoritarie in ambito europeo – in cui è consentito l'anonimato dei genitori,¹⁸ senza che, al contempo, sia permesso accedere a informazioni circa le proprie origini.¹⁹

Di parere diverso si era mostrata la Camera Bassa della Corte dei diritti umani, che aveva ritenuto di estendere l'ambito applicativo dell'articolo 8 della Convenzione, relativo alla tutela della vita privata e familiare, anche al rispetto della volontà di chi decide di diventare genitore ricorrendo alla fecondazione come unico sistema per superare i problemi che incidono sulla fertilità.²⁰

Lungo la stessa linea, con la pronuncia 15 settembre 2007 della CEDU, si era affermato che non sussiste alcun obbligo di adottare norme che consentano la fecondazione, ma, se questa è ammessa, non può essere giustificato il no alla fecondazione eterologa quando esiste un via libera per quella omologa.²¹

4. Su un diverso piano di valutazione la fecondazione artificiale eterologa veniva *medio tempore* esaminata dal Tribunale di Roma, I Sezione, che con sentenza del 19 luglio 2013 (inedita), ha statuito che il consenso dato dal marito alla inseminazione artificiale eterologa gli impedisce di agire per il disconoscimento di paternità, e ciò – e qui sta il profilo rilevante della pronuncia – anche se venisse revocato il consenso alla pratica fecondativa prima del trasferimento dell'embrione ma, comunque, dopo la fecondazione dell'ovulo.²² Il Giudice capitolino mostra in tal modo di voler prendere in

¹⁷ A chiamare in causa i giudici della Corte dei diritti dell'Uomo erano state due coppie austriache con problemi di sterilità che potevano essere superati solo grazie alla fecondazione in vitro con donazione esterna di ovuli o sperma. Possibilità peraltro esclusa, in precedenza, anche dalla Corte Costituzionale austriaca, che aveva giudicato il divieto imposto dalla legge interna in linea con i principi della Convenzione europea.

¹⁸ Ne dà conto M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, cit., p. 198, che ricorda come un anonimato assoluto è previsto solo in Francia, mentre in Spagna, Regno Unito e Danimarca vigono regole che attenuano in vario modo tale principio – consentendo l'accesso del nascituro alle informazioni genetiche –; infine vi sono paesi (Germania, Svezia, Norvegia e Paesi Bassi) che non pongono particolari limiti al diritto del nato alla conoscenza delle proprie origine biologiche.

¹⁹ Sul punto, per la disciplina interna, v. S. MERELLO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto della madre al segreto della propria identità*, nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3402, in *Fam. dir.*, 2004, p. 74; per quella comunitaria, v. invece A. RENDA, *La sentenza O. c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, nota a Corte europea dir. uomo, 13 febbraio 2003, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1109.

²⁰ I giudici di Strasburgo intendevano in tal modo porre un limite alla discrezionalità concessa agli stati in tema di fecondazione medicalmente assistita, affermando il divieto di discriminazione tra persone che si trovano in situazioni diverse, la cui soluzione viene ad essere rappresentata, a seconda delle patologie mediche di cui trattasi, in un caso dalla fecondazione omologa, e nell'altro da quella eterologa.

²¹ Tuttavia la pronuncia *de quo* della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, nell'intervenire sul principio di non discriminazione fra soggetti con posizioni (diverse seppure) analoghe, non si pronunciava sulla valutazione dei diversi interessi in campo: quello del genitore che esprime il proprio assenso ma non può poi effettuare il disconoscimento, e quello del nascituro, a (non) conoscere (in tal caso) pienamente le proprie origini.

²² In tema cfr. M. FINOCCHIARO, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida dir.*, 3, 2004, p. 36; G. FERRANDO, *Procreazione artificiale, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, nota a Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 541; E. CAMILLERI, *Interesse del minore e disconoscimento della paternità. Spunti critici per un (ri) allineamento al sistema delle azioni di stato*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 619.

considerazione la posizione giuridica del concepito, che tale deve considerarsi anche prima che l'embrione sia trasferito nell'utero materno.²³ In tal senso, del resto, sembra debba essere letto l'art. 1 della l. 40/2004 quando riconosce i "diritti del concepito", riconoscendo l'embrione quale soggetto di diritto, cioè persona in senso giuridico, in quanto già titolare, come tale, di diritti, la cui tutela è ritenuta immanente al divieto di fecondazione eterologa, e rileva quindi per definizione prima della nascita quale momento di acquisto della capacità di agire (art. 1 c.c.).

La posizione del concepito rileva, a tale stregua, "qui ed ora", anche se considerata e valutata *in fieri*, al pari di quella degli altri soggetti di diritto interessati.²⁴ Sul punto, anche la Corte Costituzionale si era già espressa nel senso di ritenere la tutela della vita sin dall'inizio come "diritto inviolabile", ritenendo costituzionalmente vincolata e come tale sottratta ad abrogazione referendaria la norma affermativa di tale principio (art. 1, l. 194/1978).²⁵ Del resto, sempre il Giudice delle leggi in un'altra occasione (sentenza 22 settembre 1998, n. 347)²⁶ - prima che entrasse in vigore la legge 40/2004 e il fenomeno della fecondazione eterologa era praticato in mancanza di specifici divieti -, aveva escluso l'utilizzabilità dell'azione di disconoscimento di paternità da parte del coniuge che, avendo concesso il preventivo assenso alla fecondazione eterologa "anonima" della moglie, volesse poi revocarlo: e ciò in quanto quel rimedio deve ritenersi circoscritto all'adulterio che, evidentemente, non ricorre in caso di fecondazione eterologa "autorizzata".

Dal tessuto argomentativo di quella pronuncia emerge, così, che l'aver negato al padre (non biologico ma) legale (siccome consenziente alla fecondazione anonima della moglie) la possibilità di disconoscere il figlio si giustifica, sì perché la norma (art. 235 c.c.) fa riferimento a ipotesi che non riguardano la fecondazione eterologa, ma anche per salvaguardare il diritto del nascituro all'identità personale – nel senso di identificabilità sociale come figlio di entrambi i coniugi che hanno consentito a quella pratica procreativa – nonché il suo diritto alla assistenza, considerazione ed affetto da parte di entrambe le figure genitoriali.²⁷ Meritevole di attenzione appare in tale senso la parte conclusiva di quella pronuncia, ove il Giudice delle leggi segnalava l'esigenza (allora *de iure condendo*) di individuare "un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana".²⁸

5. Il diritto della persona a conoscere le proprie origini - come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost.) – è divenuto oramai dato positivo (art. 28, l. 184/1983), giacché a seguito della recente riforma il figlio adottivo ha diritto – raggiunta una certa età – di conoscere le proprie origini biologiche, senza che tale "opportunità"

²³ In tema per tutti, E. GIACOBBE, *Conceptus pro nato habetur?* In *Annali della LUMSA* 2001, Giappichelli 2002; ID., *Il concepito come persona in senso giuridico*, Giappichelli, 2003, *passim*.

²⁴ Secondo G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 99, non può dubitarsi che "l'embrione abbia, sin dalla formazione, titolo alla tutela".

²⁵ V. Corte Cost., sentenza n. 35 del 1997, in www.giurcost.org.

²⁶ Su cui, in senso critico, v. G. CASSANO, *Pater incertus est: una pronuncia sibillina della Consulta sul disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione eterologa*, nota a Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Vita not.*, 1999, p. 35.

²⁷ Ma in senso critico, v. anche G. CIANI, *Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte Costituzionale*, nota a Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 11.

²⁸ In argomento v. ancora G. CASSANO, *La procreazione artificiale*, Giuffrè, 2001, *passim*.

sia rimessa – come accadeva in passato – alla valutazione discrezionale dei genitori adottivi.²⁹ Prima dell'introduzione di tale diritto la Corte di Cassazione³⁰ nel negare la possibilità per il padre legittimo che avesse dato il consenso alla fecondazione eterologa di agire per il disconoscimento, aveva espressamente negato un diritto del figlio a conoscere le proprie origini, non potendosi violare l'anonimato del donatore del seme. Quand'anche, dunque, questi (sì) avesse agito con l'azione di disconoscimento rimuovendo lo *status* formale di figlio legittimo, nulla avrebbe poi potuto fare per conoscere le proprie origini biologiche. Pertanto, il figlio nato da fecondazione eterologa poteva – secondo quel Giudice – al più sapere di non essere figlio del suo padre legittimo, ma non la verità circa le proprie origini (biologiche e) familiari, poiché con ciò si sarebbe irrimediabilmente violato un diritto positivamente previsto dall'ordinamento giuridico, quello all'anonimato del donatore di seme.³¹

Un diritto all'anonimato è riconosciuto, peraltro, anche alla madre naturale proprio dall'art. 28, l. 184/1983 che – com'è noto – al comma 7 mantiene la possibilità per essa di non essere nominata *ex art.* 1 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. Si tratta di una norma che aveva passato nel 2005 il vaglio di legittimità costituzionale, allorché la Consulta³² aveva ribadito che la funzione, meritevole di protezione, di tale disposizione, doveva rintracciarsi nella (duplice) possibilità di “assicurare alla madre di partorire in una struttura ospedaliera e di distoglierla dalla scelta di abortire”. In tal modo la Corte ha ritenuto preminenti, rispetto al diritto alla conoscenza delle proprie origini, il diritto alla salute della madre ma, soprattutto, il diritto a nascere del figlio, potendo la madre – in difetto dello scudo dell'anonimato – essere indotta a interrompere la gravidanza. Proprio su tale norma è intervenuta – come detto censurandola – la Corte Europea dei diritti dell'Uomo con la sentenza del 25 settembre 2012 citata, ritenendo che viola il diritto al rispetto della vita privata la normativa italiana che tutela il diritto all'anonimato della partoriente senza ammettere né la reversibilità del segreto, né l'accesso del figlio non riconosciuto ad informazioni sulle proprie origini, ancorché non identificative della madre biologica. Vale appena la pena di sottolineare che, in tale pronuncia, gli interessi esaminati sono quello all'anonimato e quello alla conoscenza delle proprie origini (ancorché non anche dei genitori biologici), riconoscendosi preminenza al secondo. La pronuncia appare, in tal senso, coerente con la normativa sovranazionale che, unanime, riconosce al nascituro il diritto alla conoscenza delle proprie origini. Così infatti l'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (adottata dall'Assemblea generale il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 22/25, e ratificata dall'Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176) che parla di “diritto del fanciullo (...) nella misura del possibile a conoscere i suoi genitori (...)”; l'art. 30 della Convenzione dell'Aja (“Convenzione sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale”, adottata il 29 maggio 1993 e ratificata dall'Italia con L. 31 dicembre 1998, n. 476), secondo cui “Le Autorità competenti di ciascuno Stato contraente (...) assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante alle informazioni relative all'identità della madre e del padre (...)”; e, infine, la Convenzione Europea sull'adozione dei minori (n. 202 del 27 novembre 2008), che nel confermare e garantire “ad ogni persona il diritto a conoscere

²⁹ Sul punto cfr. D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 137.

³⁰ Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam. dir.*, 1999, p. 233, con nota di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*.

³¹ Cfr. P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato Vassalli*, III, 2, Torino, 1987.

³² Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4594, con nota di A.O. COZZI; in *Fam. dir.*, 2006, p. 129, con nota di F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*.

le proprie origini”, impegna gli Stati “nel caso in cui i genitori naturali abbiano il diritto a non rivelare la loro identità”, a consentire l’opportunità di divulgare informazioni, nei limiti consentiti dalla legge e nel rispetto dei diritti del bambino e dei suoi genitori di origine.³³

6. Alcune domande, e qualche considerazione, sorgono dalle pronunce in rassegna, e ciò anche in vista della regolamentazione della disciplina applicativa conseguente alla eliminazione, in *parte qua*, dalla l. 40/2004, del divieto di fecondazione artificiale eterologa.

Tutti i soggetti coinvolti nella vicenda perseguono i loro interessi con un proprio atto di volontà: tranne uno, il nascituro, che non può esprimersi sulla propria (futura) condizione, e ciò in contrasto con una tendenza, oramai affermata nettamente, al “diritto del minore ad essere ascoltato” sulle vicende che incidono sulla sua sfera di interessi.³⁴ Così, ad esempio, la madre decide di sottoporsi alle pratiche fecondative, per perseguire il proprio (legittimo, dal suo punto di vista) desiderio ad avere un figlio (almeno in parte proprio). Il marito di costei accetta, essendo sterile, che la moglie venga fecondata da un donatore anonimo, così disponendo di un proprio diritto - quello a divenire padre (di un figlio altrui) -, che presuppone la rinuncia (sua, ma non del figlio) all’azione di disconoscimento.³⁵ Ma per esaltare, al contrario, il valore della “volontà” di avere figli con la PMA, si usa dire che, sullo stesso piano della genitorialità biologica sta quella “responsabile”, per cui è genitore chi (decide di) si prende(rsi) cura del minore: facendo assurgere a fatto giuridico da cui scaturisce il rapporto di filiazione un elemento soggettivo, la volontà del genitore, di cui però si deve valutare il fondamento di valore proprio nella corrispondenza a quel principio di solidarietà che ispira la genitorialità “sociale” (art. 30, comma 2, Cost.).³⁶ Diverso il caso in cui siano i genitori biologici a voler restare anonimi, ma sempre nel comune presupposto della non conoscenza delle origini biologiche del nascituro. Il donatore anonimo della fecondazione artificiale eterologa dà il consenso a che il proprio seme consenta la fecondazione di un ovulo, ma a condizione – appunto – di non (divenire né di) poter essere mai conosciuto come padre. Secondo uno schema in parte diverso dalla donna che partorisca (in una struttura sanitaria), ma a condizione di restare anonima (art. 28, comma 7, l. 183/1984). Infatti, se in entrambi i casi si è genitori biologici senza voler riconoscere e prendersi cura del minore, nel primo il fatto giuridico è volontario – la decisione di dare il proprio seme –

³³ Ma v., in altra prospettiva ricostruttiva, le riflessioni di C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, II, p. 489.

³⁴ Sul tema, come sempre, nette e chiarificatrici le riflessioni di G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 99.

³⁵ Com’è noto, dopo la recente riforma della disciplina codicistica della filiazione in tutte le procedure che lo riguardano il minore che ha compiuto i dodici anni - e anche prima ove capace di discernimento - deve essere ascoltato. Si generalizza per legge quindi il diritto del minore a esprimere il suo punto di vista, in applicazione della Convenzione del 1989 sui diritti dei minori (legge 176/1991) e della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti del minore (legge 77/2003) oltre che delle norme che in Europa disciplinano le relazioni tra Stati (si consideri che l’articolo 23 del regolamento europeo n. 2201/2003 impedisce il riconoscimento in altri Stati membri di decisioni adottate senza il previo ascolto del minore). Al riguardo del valore dell’assenso in questo ambito, v. D’AURIA M., *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 1005.

³⁶ In tema cfr. F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 361; e anche A.M. AZZARO, *La procreazione artificiale fra atto e rapporto*, in *Dir. pers. fam.*, 2005, I, p. 247 ss.

mentre nel secondo la volontà sta, piuttosto, nel decidere di portare a termine la gravidanza come fatto che prescinde (nel fondamento giuridico: art. 30, comma 1, Cost.) da un atto di volontà.

In tutti i casi citati – seppure con sfumature diverse – si pone, a ben vedere, un problema di compatibilità di tali interessi con l'art. 30, comma 1, Cost., che fa sorgere il diritto e dovere di mantenere, istruire ed educare la prole per il *fatto* stesso della procreazione;³⁷ ma anche con il secondo comma di tale disposizione, che prevede e consente altre forme di genitorialità “sociale” sul presupposto della solidarietà verso il minore, quale soggetto debole del rapporto di filiazione (art. 30, comma 2, Cost.).

I genitori del nato da fecondazione artificiale eterologa decidono – per (assecondare) il desiderio di avere un figlio (in parte) proprio che non potrebbero avere per ragioni mediche – di (rischiare di) recidere il legame fra il nascituro e le proprie origini biologiche, su cui il primo comma dell'art. 30 fonda lo *status* di genitore. Ciò che – va detto – non accade appunto quando la fecondazione artificiale sia omologa, ove nel porre rimedio a problemi di infertilità / sterilità non si tocca la sfera giuridica di soggetti diversi. Coloro che, per ragioni anche diverse, siano genitori biologici ma vogliano restare anonimi, pure privano di fatto il minore del diritto a conoscere le proprie origini, che pure gli viene riconosciuto dalla norma costituzionale che, a fronte del dovere dei genitori, fa sorgere nel rapporto che scaturisce dal concepimento un diritto dei figli ad essere allevati da chi li ha generati.³⁸ Con la non secondaria differenza, peraltro, che nel caso della donna che decida di restare anonima la volontà sua incide, non sulla decisione di generare un figlio che altrimenti non sarebbe nemmeno concepito, ma su quella di fare nascere, al contrario, un figlio che è già stato concepito. L'unico che non esprime alcuna volontà nelle diverse situazioni esaminate – perché non è ancora nato, seppure già persona in senso giuridico (art. 1, l. 40/2004) – è appunto il nascituro, che rappresenta come tale il soggetto debole, quello che, ai sensi del principio di solidarietà fondante la convivenza civile (art. 2 Cost.), deve (dovrebbe) essere maggiormente tutelato.

Possono per esso – ci si domanda – decidere altri, che seppure mossi da sentimenti di responsabilità, oltre che da comprensibili desideri di genitorialità, decidono, in sostanza, che tale persona possa essere destinata a non conoscere (appieno) le proprie origini?³⁹

7. I problemi posti dall'evoluzione dei costumi e dall'incessante progresso scientifico interrogano gli operatori e gli studiosi, chiamati a individuare soluzioni che consentano al nascituro la piena espressione del diritto all'identità personale – magari modulando, ove necessario, le diverse opzioni che corrono tra conoscenza delle origini e dei genitori biologici, senza che possa consentirsi ad altri di creare per lui situazioni da cui possa derivare una lesione della sua sfera di interessi.⁴⁰

³⁷ Sul punto per tutti, cfr., G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 481; e v. anche M. BESSONE, *Valore precettivo dell'art. 30, comma 1° Cost. e responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione*, nota a Corte Cost., 8 maggio 1974, n. 118, in *Foro pad.*, 1975, XXX, 3, 51.

³⁸ Per un tale approccio al problema, v. BRUSCAGLIA L., *Diritti dei minori e procreazione artificiale*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. Ferrando, Padova, 1989, p. 169.

³⁹ Ma v. L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, II, p. 793.

⁴⁰ V. G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., p. 329.

Secondo la sentenza 162 del 2014 della Corte Costituzionale, nel bilanciamento dei diritti, da un lato dei genitori ad avere una famiglia con dei figli per (poter) vivere in pienezza psico-fisica il rapporto affettivo,⁴¹ e dall'altro, del nascituro a conoscere le proprie origini, deve prevalere il primo, giacché il secondo è già "congruamente" tutelato dalla disciplina dell'adozione.⁴² Così, infatti, la Corte, superata la questione – sollevata dal Tribunale di Catania –⁴³ della mancanza di un diritto "attuale" di tutela del nascituro, ritiene di poter respingere le argomentazioni dell'Avvocatura Generale dello Stato, – secondo cui la sua sfera giuridica sarebbe lesa, sia a causa del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia per la potenziale violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica, assumendo che il diritto a conoscere le proprie origini sarebbe già sufficientemente tutelato dall'ordinamento, se è vero che *«la questione (...) si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, (recante "Diritto del minore ad una famiglia")»*. Ferma ogni riserva sulla pretesa "congruità" delle tutele del nascituro allo stato esistenti – le cui ricadute pratiche andranno testate nei prossimi decenni – occorre ancor prima domandarsi se esiste davvero il diritto – rispetto al quale verificare il bilanciamento alla luce dei principi costituzionali – a crearsi una famiglia, che comprenda – quale condizione essenziale per la piena tutela della salute psico-fisica della coppia – anche il "diritto ad avere figli", essendo famiglia e filiazione emisferi autonomi e distinti, l'uno quale formazione sociale ove si sviluppa la personalità, l'altro come "asilo in cui chi sia nato ha diritto a crescere".

Come detto, in realtà non esiste alcun diritto ad avere figli, ma solo il diritto – dovere di occuparsene se essi vengono concepiti (art. 30 Cost): e non è un caso, se in tutta la parte motiva della sentenza della Corte Costituzionale in esame non viene richiamata, neppure una volta, la norma che nella Carta indica i fondamenti di tutela della filiazione, ponendo sempre il concepito (comma 1) o il figlio cui non sia data adeguata assistenza dai genitori (comma 2) al centro del sistema di tutele.

Né varrebbe obiettare che se l'art. 2 Cost. garantisce anche il diritto alla formazione di una famiglia, riconosciuto dall'art. 29 Cost., il successivo art. 30, stabilendo la giusta e doverosa tutela dei figli, reca al comma 3 un *«passaggio che presuppone – riconoscendolo – e tutela la finalità procreativa del matrimonio»*,⁴⁴ perché è evidente che il riferimento, in tale contesto, al matrimonio, si limita a prevedere la possibilità, e non il diritto, ad un "matrimonio con figli".

Se si condividono le considerazioni che precedono, restano di conseguenza assorbite le ulteriori argomentazioni portate dalla Corte a sostegno del preteso diritto ad

⁴¹ Infatti, secondo la Consulta, l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, potrebbe incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data come comprensiva della salute fisica e psichica.

⁴² Il divieto in esame cagionerebbe, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite.

⁴³ Secondo il quale, benché la tutela del concepito rinvenga fondamento costituzionale negli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost., alla stessa non potrebbe essere data prevalenza assoluta, non esistendo *«equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»*.

⁴⁴ Così, invece, Trib. Catania, 13 aprile 2013, cit.

avere un figlio, giacchè nessuna discriminazione potrebbe ricorrere al riguardo fra soggetti potenzialmente idonei a generare e non, o che abbia una condizione di sterilità/infertilità curabile o meno.⁴⁵

Sino alla sentenza del Giudice delle leggi 9 aprile 2014, n. 162 non era dato ritracciare, dunque, nell'ordinamento alcun diritto fondamentale alla formazione della famiglia con figli, che secondo la Consulta viene riconosciuto e tutelato dagli artt. 2, 31 e 32 Cost., che concerne(rebbe) anche il profilo relativo alla soluzione dei problemi riproduttivi della coppia.⁴⁶

Di fronte a tali evidenze appaiono francamente prive di valore fondante – il preteso diritto ad avere figli – la parte della richiamata pronuncia della Corte Costituzionale, ove si afferma che il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali. E quasi paradossali appaiono i riferimenti all'istituto dell'adozione sul presupposto che esso mira (prevalentemente) a garantire una famiglia ai minori senza che il dato della provenienza genetica costituisca un imprescindibile requisito della famiglia stessa,⁴⁷ poiché con l'adozione si vuole porre rimedio ad una patologia di chi sia (già) nato che richiede e postula una “cesura” con la famiglia di origine (siccome incapace di provvedervi), laddove, al contrario, con la PMA eterologa si rischia di crearla a chi è nascituro senza che vi sia una apprezzabile ragione.

Vero, piuttosto, è che l'adozione si presenta come una possibile alternativa alla fecondazione eterologa che, ove vi siano problemi di infertilità/sterilità irreversibili, può svolgere appieno la funzione primaria della famiglia come formazione, “asilo”, ove trovano accoglienza le persone (più deboli) e si sviluppa la personalità di ciascuno nel rapporto con gli altri, nel solco del dovere *inderogabile* di solidarietà.⁴⁸

⁴⁵ Differenza, quest'ultima, rispetto a cui viene meno il divieto di eterologa. Ritenendosi che esso realizzerebbe un diverso trattamento di coppie con identici problemi di procreazione, penalizzando irragionevolmente quella colpita dalla patologia più grave, in violazione anche dell'art. 2 Cost., con pregiudizio del diritto a formare una famiglia e della libertà di autodeterminazione in relazione a scelte riconducibili alla sfera più intima della persona.

⁴⁶ G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., p. 329.

⁴⁷ Cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 11 del 1981, in www.giurcost.org.

⁴⁸ Secondo G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., p. 329, “Più si medita intorno alla procreazione assistita e più si avverte l'impatto sovvertitore sul senso originario, tradizionale, naturale ed umano della fecondazione, della procreazione, della filiazione. Questo senso si legava all'incontro sessuale uomo-donna che da un lato identificava i soggetti del rapporto genitoriale, dall'altro apprestava alla crescita del nascituro l'asilo naturale che lo ospitava e difendeva senza soluzione di continuità dal concepimento alla nascita. L'aborto toglie all'asilo questa capacità di sicura difesa; il concepimento, e comunque la creazione dell'embrione, fuori del corpo della donna, distrugge quella continuità, può eliminare il rapporto tra i soggetti che concorrono alla procreazione e addirittura il loro rapporto col nato”.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Roza Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
